

歴史的パースペクティブにおける 法治国家概念

Der Rechtsstaat in der historischen
Perspektive – eine Einführung

ウィーン大学法学部名誉教授
ヴェルナー・オーグリス (Werner OGRIS) ＊
今 村 哲 也 訳

I 今日のテーマとしての法治国家

- 1 われわれが本シンポジウムの主題として選択した「法治国家」というテーマは、いまや歴史的な標識と化しています。したがっていかにも古臭いこの標識は、このような学術的研究集会において、最高度の「今日性」を浴し、あらためてその「今日性」を遺憾なく発揮できることに、自身この上ない喜びを感じているにちがひありません。ここで今日性を浴するあるいは今日性を発揮するという言葉を用いましたが、もちろん、シンポジウムにおけるその言葉自身にひそむ牽引力に期待してのことです。

メディアにおける報道を見る限りは、法治国家はいまや消滅の危機に瀕する国法上の概念とさえみられています。

刑事事件における無罪の推定や人格権の保護がいつも等閑（なおざり）にされているような国においては、弁護士は法治国家性を懸念し憂慮せざるをえなくなります。ラスター捜査（網の目スクリーニング方式の犯罪捜査）や通信・通話の傍受、携帯電話の発信探知やオンラインでの不正監視

をみるにつけても、ジョージ・オーウェルの著作“1984”や人権の空洞化などを指摘することができ、公共空間におけるビデオカメラによる監視などは、典型的な「ビッグ・ブラザー」の装置として把握することができます。

アメリカでは、テロ対策の目的として一定の拷問が合法であるとさえいわれています。グアンタナモ収容所での囚人の処遇は、世界中が、ブッシュ政権のいわば「ブラックホール」とみています。

これらは氷山の一角に過ぎません。よっていまや、法治国家はまさに危機に直面しているのでしょうか。

- 2 これを検討するについて、西欧型民主主義が想定されているのであれば、答えは「否」となります。今のところ法治国家存立の危機を憂えてパニックを起こすことはありませんし、その必要もないでしょう。西欧型民主主義にあつては、個々に完全とはいえないもののなお全体としては、法治国家たる水準が満たされている点に信頼をおくことが許されるでしょう。

ところが地球上では、この水準を満たす成文の憲法ないしは、実効的な憲法を有している共同体はほんのわずかにすぎません。したがって、本日このシンポジウムに出席するわれわれ参加者は、比較と相対の上では、まさに幸運な存在であると自身を評価することはできますが、しかし決して満足やまして自負する理由にはなりません。

19世紀初頭から、「権力国家」に対抗すべく、辛苦に満ちた成功失敗を繰り返して展開され獲得された「法的国家」の本質的特性を構成するさまざまな要件の「由来」、「本質」、「意義」そして「機能」に関して考察を加えることは、決して無益不要なことではありません。わたくしも少々の時間をいただいて若干の考察を試みたいと思います。

法の歴史性という総論的な視点から、各論としてのわれわれのシンポジウムの主題設定へというかたちで、法治国家概念が今日と重要な関連性さらには連続性を帯びていることを明らかにしたいと考えます。

Ⅱ ドイツにおける「造語」としての法治国家

- 1 「法治国家」という言葉と概念は、本質的には、ドイツの法律用語でありドイツ法圏に属するものです。まさにこの脈絡で、オットー・フォン・ビスマルク（Otto von Bismark）は、1883年当時すでに、「政治的な思考を満足させる定義を何ら生みださず、他の言語にも翻訳不能な造語である」と法治国家を嘲笑しています。

この点は今日に至るまで変わるところはありません。

アングロ・アメリカ的な「法の支配」の概念は法治国家概念に最も近接しさまざまな分野でこの概念と交錯しますが、意味するところにおいて、法の支配は英国における立憲主義の特異な展開に由来するもので、法治国家との決定的な差異を認めねばなりません。その他の国々の類似概念を法治国家概念に当てはめるについても、同じように困難を生じます。例えば、イタリア語の *stato di diritto* やフランス語の *etat constitutionnel* あるいは *etat légal* も決して法治国家に附合する概念ではありません。たいていは、翻訳された意味は無視して、ドイツ語表記の文献の文脈全体の中で概念の意味内容を推測することが読者に委ねられています。

- [2 さてここで少しばかり、法治国家というテーマに対する副次的な特記事項すなわちカッコで括られる補足的説明を加えておきましょう。

法律学の専門用語の翻訳およびこれと密接不可分の専門的意味内容の他の言語への「移送」あるいは「送り込み」の問題は、将来をみすえたヨーロッパ法の形成や生成のための重要課題であることは間違いありません。類似あるいはまったく同義とみられる概念を、その専門的な意味内容にまで立ち入って分析し、これに補正あるいは修正を加え、場合によっては新たに定義付けをおこなったうえでヨーロッパ法秩序に組み入れることが重要になるでしょう。

例えば、「公正な裁判」あるいは「適正手続」、いうまでもなく「法治国

家」などもそうです。しかし実際にこのプロセスを克服することがいかに困難であるかについては、わが国の損害賠償請求法を国際的な水準に調和させあるいは新しく規律することについて、オーストリア科学アカデミーのヨーロッパ損害賠償請求法研究所(ヨーロッパ不法行為法研究ユニット)による本質的かつ類例検証的な作業と手法のために投入・実施されたエネルギーの甚大さがそれを物語っています。

ところがわれわれ自身は、これら作業の結末と行く末を見通すことができないという意味で、なおもプロセスの途中にたたずんでいるのです。さらにアングロ・アメリカ法、ローマ法、スカンジナビア法、ドイツ法など様々な法文化と関わらねばならないのであります。個々の用語の翻訳や意味内容の送り込みにおいて、いかなる原理が適用されるべきかがいずれ明らかとなるでしょう。しかしこの点については、本テーマである「法治国家」への考察検討を超える事柄になります。したがってこの辺りで、副次的な解説については筆を擱(お)くことといたします。]

- 3 「法治国家」という言葉は「市民」という言葉と同様に、それが成立する比較的初期の段階が重要であります。ところが、言葉の成立史・生成史にはよどみない説明や叙述が困難な部分がおも多く残されています。

法治国家という表現は19世紀初頭に登場したとされていますが、その数年前すでに『法国家』なる表記が確認されています。

ベルク(J. A. Bergk)は、『自然法、国家法および国際法研究』(ライプツィヒ1796年94頁)において、民主主義的共和国制を国家の唯一の「法的な形態」として喧伝しました。その10年後、ライザー(J. P. Leiser)は、『自然的国家法』(1806年44頁)において、支配者が法律の下にあることを「法国家」の本質的な要件としました。

カントの『法学』(1797年)に触発されたケーニヒスベルクの哲学者ならびにその一門は「批判学派ないし法国家学派」と称されました(プラシドゥス(J.W.Placidus),『国家学試論』ストラスブルク1789年)。

- 4 厳格な意味での法治国家という言葉は、1809年、まさしくミュラー(A.

Müller)によって用いられています(『国家統治提要』第8講および第10講)。「ただし精確さを欠き政治的要点をも持ち合わせていない」(シュトライス(Stolleis後掲)370頁)とされています。

ヴェルカー(C. Th. Welcker)は、1813年、「先行した啓蒙主義の最も高度な発展段階である理性国家」としての法治国家を強く賞賛したのがあります(『法、国家および刑罰の終局的根拠』1813年)。

1840年代には、法治国家という表記が頻繁に登場します。ロテック(K. W. Rotteck)は、『国家辞典』3巻2版1846年527頁において、自由な選挙によって選出された議会の手に入立法が委ねられている場合にのみ、「権力国家」は「法(治)国家」となるとされています。それから1年後、ドゥロイセン(J. G. Droysen)は、「法治国家の創設と、君主と国民それぞれに固有の領域を明確かつ確固として配分する法関係を形成するための、今日に至る60年有余の営為の総計こそが法治国家そのものではないのか」と問いかけています(ギルベルト(F. Gilbert)編『政治論集』1933年73頁)。

法治国家概念のさらなる伝播のために、モール(R. v. Mohl)は、その論考において頻繁に法治国家に言及しただけでなく、1832年から翌年にかけて刊行された自らの著作のタイトルに法治国家の語を用いた初めての学者でもあります(『法治国家原則に基づくポリツァイ学』第3版1866年)。

その後ほどなく、必ずしも同義ではないものの、法治国家は実際に広く人々の口の端に登るところとなっています(たとえば、スタール(F. J. Stahl)1847年、バール(O. Bähr)1864年、シュタイン(L. v. Stein)1869年など)。

これ以降、法治国家概念は、自由主義的民主主義的な法秩序および国家構造において不可欠の構成要素であり、そうであるための最も重要な判断基準とされています。そして法治国家は、今日に至るまで、国法学および憲法政治学の文献において詳細かつ熱心に論述されてきた中心的テーマにもなっています。

他方、法治国家の本質についてはほとんど語られていません。法治国家

が形式的要素とならんで実質的な要素をも含み込むかどうかは、なおも不明なのであります。

Ⅲ. 「自由主義の理想」としての法治国家

- 1 初期の法治国家概念の内実すなわち意味内容を要約しようとするならば、政治的自由主義への願望の「かたまり」として表現することが可能でしょう。

法治国家とは、自由主義の影を追いかける、つまり自由主義という可能性への欲求すべてを表す「簡潔な名称」であり、憲法（立憲）国家の実現ならびに絶対主義的統治という旧体制の克服に向けられるさまざまな奮闘努力の「受け皿」でもあったのです。そのルーツ・端緒はたしかに遠くギリシャ時代の国家思想にまで遡りますが、本質的には、政治的自由主義に向けられる3つの特徴的な原則にかかわるものです。

第一に、支配者ないし君主を法（Recht）、もちろん超実定的・聖なる規範あるいは自然法ばかりでなく、彼自身によって制定される実定的法律をも含めた法、すなわち基本法および（あるいは）法典のかたちで定められる法の下におくという要請が登場します。それはまさしく *Princeps legibus solutus est*（君主は制定法に拘束されない）をめぐる古典的議論の展開と最終的な完成を意味します。さらに、国家活動自身が法の形式にのっとって執行されるべきとの要請。そして第三に、法の制定と執行という手段が市民（国民）の基本的な法的地位への侵害あるいは抑圧の可能性として濫用されてはならないというものです。

要するに、法治国家とは、これすべて適正な国家形態においてのみ実現かつ保証されるものであり、君主制により制度とされ今日に至る執行権力から市民の自由権が制定法という「擁壁」によって保護されるような合憲的秩序のもとでのみ認められるのであります。これこそが、例えばヨーゼフ・フォン・ゾンネンフェルス（Josef von Sonnenfels）がその政治的

活動の隆盛期に献身しその論考・考究の対象とした憲法的信条そのものなのです。

- 2 初期の政治的自由主義はこれらの主張を受容・拡充し、自らの本来的な要求事項としたのです。政治的自由主義にとっての法治国家とは、先験的・超世俗的な利益である至福（来世の福利）に対する配慮を排して、国家の目的を、実質的に人の自由、安全そして所有権の保障に限定する理性国家すなわち、理性法の規律によって観念される共同体秩序ということになります。

このことは、立法における国民の参加、権力分立、裁判の独立そして、法律の下での個人の平等と市民としての自由を包括する政治的な組織形態を必要とします。ただし法治国家の概念が、国家の目的および内容に関連すべきか否かどの範囲まで関連すべきかについては、不明のままであります。例えば、モールは福祉への配慮と司法の確保を法治国家における同価値の「任務」とみなしますが、シュタールはこれらを国家活動の「形式」ないし「枠組み」にまで縮減しています（『キリスト教的国家およびその理論とユダヤ教に対する関係』1847年62頁）。

いわく「法治国家の特徴は、制定法秩序の強靱性にのみ求められるもので、その内容にあるのではない。」さらには、「国家は法治国家たるべきであるという主張・・・これはスローガンである。国家は、法という手段で、自らの実効手段とその限界そして市民の自由領域を正確に規定し確固としてこれを保障する。すなわち、国家手段を用いて市民の権利領域を蹂躪してまで直接に道徳的理念を強制することはできないのである。これが法治国家の概念である・・・」（『国家学および国法原則』第3版1856年第1巻第1章「国家の本質」）

- 3 本来政治的に重要な意義を有していた法治国家の概念は、この時点で、形式化および脱政治化の方向に大きく舵（かじ）をきったように感じられます。概念の形式化へのこのような縮減ないし萎縮のプロセスが、1860年代以降、明確になり勢いを得たことは明白であります。積極的な市民参加、

政治的協働、実質的平等そして政治的自由を希求する闘争的立場から、立憲運動がどの程度距離をおいたかあるいは距離をおくべきであったかの程度に応じて、法律家および政治家の関心は、特に行政事件における正式な権利保護を保障することで、民事法分野と同じように、既得制度（権）の確保と拡張に移行することになったのです。

極端な言い方をすれば、ここに至って、法治国家の理念は、国家法ならびに国家理論を離れて行政法および行政法学へと猛烈な速さで一足飛びを果たしてしまったのです。

IV. 「行政国家」の極致としての法治国家？

- 1 このように理解することができるいくつかの明白な理由が存在します。まずは戦略的政治的な理由です。

法の確固たる裏づけ、迅速で万全な権利保護、個人の自由領域の確保、さらには裁判官の独立などが、政治的な安定性をもたらしいては経済的にも有益に機能するということが、保守派・旧守派にとってさえ当初から意識され少なくとも次第に自覚されることとなったのです。たしかにさまざまな側面で緩和されているものの核心部分で君主制原理を不可侵のままに温存する単なる脱政治化・形式化された法治国家が意図されていたのであれば、保守派にもこれらの原則を容認し受容する用意があったということになります。

他方において自由主義者は、君主権力や古き等族の既得制度（権）から拡張されたむき出しの権力に対峙して、立憲主義的構想を国家的公生活の空間の表層部分にしか適用できず、本来の主たる目的であった国家における個人の法的地位の確保を保障することができないという事実を甘受するほかはなかったのであります。なぜなら、自由主義者たちは国家統治の深遠（奥深）さを掌握していなかったからです。

換言すれば、市民の権利が憲法上保障されることはたしかにすばらしい

のですが、これら権利が統治行政の実務すなわち「実務経験という学校派」においてどこまで保障され確保されるのかということが何より重要だったのです。

オンケン (W. Oncken) は、「憲法はいずれも、統治能力を制約することなく統治行政の法創造性を保障すること以上の価値を有している」と講じたのです (『君侯ヴィルヘルム I 世の時代』41頁)。それゆえ、国家の総ての作用に対して個人の権利領域を確保しようとするならば、国家目的によって設定される任務の実現についてはこれを妨害しないよう、国家の行政 (統治) 活動をすべての領域と過程において法治国家的に制限しなければならぬのであります。

2 このような理解は、かつてサヴィニー (C. F. Savigny) によって定礎された歴史主義的法学派の隆盛とともに展開した学問世界の根本的な再編の理解と軌を一にするものであります。

「歴史主義的法律学派」はまず私法学をその支配下に治めますが、この世紀の中頃以降には、法と国家の関係に関する合理主義的な基本概念が組織論的考察方法に取って代わられはじめた公法学分野にも徐々に影響を及ぼしはじめたのでした。同じ時期、歴史主義法学は、まずは民事法学にはじまり最終的には法律学講座における主要かつ中核的専門科目へと急速な上昇を遂げた国法学に至るすべての法学分野を新たな学問的勃興へと導いたのです。

君主主義的な複雑な憲法構造の枠の中に立憲的な国家形態を確定すること。しかしながらまた、オーストリア・ハンガリー間の和解 (和協) 以降のハンガリーに対する、国法上困難であるがゆえに熱心に議論された関係性、特に忘れてならないのが相互の国民性の問題であり言語問題であります。これらすべての要因が、公法学者の方法論的武装を明確に先鋭化し、その専門的能力を決定的に強化することになったのです。

「行政法学」が、このようなことを背景としてまた温床として独立の学科へと展開したという事実のみが、論理としては一貫したものでした。

この方向性の点で先駆的で模範的な存在であったのが、一般論ないし総論としての行政裁判権概念の確立と、各論として、オーストリアにおける行政裁判所設立のために弛（たゆ）まぬ献身的努力を傾注したカール・フライヘル・フォン・レーマイヤー（Karl Freiherr von Lehmayer）でありました。彼は行政裁判所専門官として長期にわたって部長職にあり、また影響力ある副所長として自らの学問的かつ政治的な理念や確信をかなりの程度まで実践へと転換することができたのであります。

- 3 ここでは、次のことが重要です。つまり新規に誕生したとはいえ急激かつ際立って力を蓄えた行政法学が、行政における法的要素を増殖させ内部のかつ外部的なコントロールを主張しこれを促進したことで、法治国家概念の定式化ないし形式化は一層強化されたのであります。

ドイツの行政法学者であるオットー・マイヤー（Otto Mayer）は、1895年、これらの展開をその頂点へと極めます（『ドイツ行政法Ⅰ』第5章）。いわく、「法治国家とは、よく整序された行政法の国家を指す。」すなわち、法治国家とは「行政の司法適合性」を意味していました。事実、このような学問状況は、行政法分野における権利保護の徹底的な改善への決定的契機となりました。公法裁判権の導入によって、市民の違法な国家作用に対する保護は具体的な内実を獲得することになったのです。権力分立、裁判官の独立そしてカタログとして提示される各種の基本権が、法治国家のさるなる支柱となったのです。

- 4 ここで触れたすべてのことは、今日われわれが知るとおり（疑問符をシンポジウムのテーマの末尾に打っておいたのもその理由ですが）、完全なものではありませんでしたし、完全であること自体が不可能だったのです。にもかかわらず、法政策学および法学は、それぞれの既得の制度（権）を誇りにしたのもっともでした。というのも、1867年の和解以降、ハプスブルク君主制はヨーロッパにおいて主導的役割を果たしてきた法治国家原理を原則的には利用したからです。時として、ダーウィンがホモ・サピエンスによって人類の進化を完結させたように、当時の法律家が法治国家の

現状をまさしくその展開・発展の終焉状況、いわば憲法上の産物の頂点であるとの印象を持ったのも当然のことだったのです。それはしかし今日では自明ですが、明らかに美しき幻想だったのです。

V. 法治国家一脅かされる本質

- 1 その幻想は2つの観点においてであります。すなわち、法治国家原則を実務へと転換するについては、否定のしようもないことではありますが、しばしば修正が求められたからです。歴史したがって法の歴史もまた、展開や発展が絶えず予定調和的に改善に向かうという自動性と保障を知りません。あるのはただ、でこぼこ道、回り道、迷路と戻り道ばかりとっていいでしょう。特にこのことは、法治国家原理にも当てはまるのです。法治国家の諸原則は、日ごろの手当て、弛まぬ保護と怠ることのない改良を不可欠とするのです。

いかなる法治国家システムも、不備不足を一切有さずいかなる権利侵害もこれを防除するという意味で「完璧」ではありえないのです。

法治国家とは、そうでありたいと望まれる「状態」を意味するのではなく、政治的な所与および政治的需要との調整、適応そして研鑽の継続的な「プロセス」なのです。したがって、一旦獲得されたものが未来永劫存続するという意味での存続保証というものもいっさい存在しません。むしろまったく逆です。

これまでの経験は、法治国家がいつの時代も絶えず脅威に晒され続けているということを教えています。前世紀において苦悩に満ちた経験を余儀なくされる結果となったあのドラスティックな国制・国家転覆ばかりでなく、とりわけ、初歩的な法原則が徐々に侵食され空洞化されあるいは意図的にまたは迂闊にも無視されることで、法治国家の危機や危険、脅威が生まれることになるのです。

法律を施行した後の厳正な規律と執行が不十分なまま、さまざまな生活

空間に対しますます詳細に法規制を加えようとする今日の立法者たちのものくろみや立法者意図そのものが、法治国家思想の緩やかなほころびや侵食を生じさせています。

法治国家への脅威を発生させる原因要素の分析結果のリストはますます膨れ上がるばかりです。*Erant exempla, sunt exempla*（その例示の枚挙にはいとまがない）！

- 2 われわれは、このシンポジウムにおいてはもっぱら形式的法治国家概念、つまり法的に正確に定義付けられる概念のみを考察の対象としています。この意味での法治国家概念が、実質的なエレメントによって強化ないし補充されるものか否かそれがどの程度まで許されるのか。さらに、法治国家への目的の導入および本質論が法治国家を強化し補充するものか否かの問いは、今日に至るまで決着のつかない争点のひとつです。具体的には、自由主義的法治国家観から出発して、やがて特定ないし不特定の実質的正義原則を実現する（さてどのような内容でしょう？）という目的で、自由主義的法治国家と社会的法治国家が同列におかれることになりました。このように、法治国家は経済、社会そして文化の目的に資するために設定されることで（でもどのような目的でしょう？）、存続の確保それどころかむしろ『存続の転換』をはかるべきなのでしょうか。

絶対主義的政治権力は、このような広範で内容的にとらえどころのない法治国家原則を異常な情熱と執着をもって効果的に利用したのであります。

他方で、このような議論は政治的色彩が強く自己の世界観に深く関わることになります。したがって討論や討議の対象として設定することには適しません。われわれは、主題関心を、現代的民主主義的法治国家を、「絶対的」警察国家および全体主義的権力国家とは切り分けるところの形式的な概念に限定しておこなうことといたします。

このシンポジウムで設定・想定する「法治国家」とは、法の安定性(*certainty of law*)の思想を志向し、そこにおいて法を国家活動の行動基準として設

定する国家をいうのであります。すなわち、次のような国家を法治国家と定義いたします。

あ) 立法過程を規範化する『憲法国家』

い) 個人の行態（おこなうこと・おこなわないこと）を規範化し、国家の機関を任命し、その構成と管轄を規律する『法律国家』

う) 然るべき機関によって憲法と法律の遵守を確保する『権利保護国家』

ここであげる法治国家の要件は、排他的基準でも限定条項 (*numerus clausus*) でもありません。一般的には、権力分立、憲法の立法者拘束性、行政部門と司法部門の法律被拘束性、基本権保障、独立（公法）裁判所による権利保護の保障、法規範遵守に関する国家機関の責任、さらに可能であれば、遡及禁止の原則、超過（過度）禁止原則、信頼保護の原則、憲法裁判所・行政裁判所・護民官＝オンブズマン・独立行政審判部（所）・権利保護専門官などの権利擁護機関による事実的最小限度の実効性確保原則 (*Mindestmaß an faktischer Effizienz von Rechtsschutzeinrichtungen*)⁽¹⁾、法規命令などの行政による規範定立形式の明確性と外部への公表原則をあげることができます。

2 これらすべての要件に言及し、解説し、討論することは、このシンポジウムの枠内では到底不可能であります。しかしながら、シンポジウムに参加する国々のそれぞれの展開系統あるいは発展段階を析出し「法的国家」の形成に対する各自の位置づけに対して評価・考察を加えることには十分な意味があります。もちろんこのような評価付けがいつもすべての点において一致して下されることがないことは、むしろ自明の理でしょう。そうであるにもかかわらず、われわれは、その眼差しを過去からはじまり現在へそして未来へと転じなければならないのです。

3 まさにこの原稿の執筆中に、グアンタナモ収容所の収容者に通常裁判所への法的アクセス権を保障する旨の合衆国最高裁判所の基本方針決定についての報道がありました。多数のメディアが、狂喜乱舞して、アメリカ合衆国型法治国家の勝利を記事にしましたが、大陸本土においておこなわれ

ている正義がキューバ沖カリブ諸島へとジャンプするのに実に7年もの歳月を要したのです。事実、このケースでは、かなりの時間を要しましたが、チェック・アンド・バランスの原則が立法府ならびに行政府に対する司法の勝利とともに貫徹された訳です、少なくとも今のところ決定という「文書」の上では、ですが。

さても法治国家は、テロリストの嫌疑をかけられ今日に至るまで不法に拘禁されている、ひょっとすると「最も根本的な人権である命さえ厭（いと）わない」被収容者の処遇に関する処方箋を有しているのか否かが問われています。というのもこれは、われわれすべてが直面し本来当事者として山岳の稜線を前進するに等しいことなのです

山の稜線では何よりも均衡をとる事が求められるのであり、真の脅威あるいは脅威の恐れから社会を防衛し、同時にまた基本的人権を十分かつ適正に保障することが重要であり、グアタナモ収容所の事例もその縮図とみることができるからであります。

《シンポジウム開会の辞原稿に付された参考文献》

法治国家論について、法制史、国法学および法政策のさまざまな観点から論じられた文献の数は枚挙にいとまがないが、さしあたり以下の文献を示すにとどめる。

Christoph LINK, Anfänge des Rechtsstaatsgedankens in der deutschen Staatsrechtslehre des 16. bis 18. Jahrhunderts, in : Roman SCHNUR (Hg.) , Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates, Berlin 1986, S.775-795.

Werner OGRIS, Karl Freiherr von Lehmayer, in: Elemente europäischer Rechtskultur, Wien-Köln-Weimar 2003, S.285-308, bes. S.299f.

DERSELBE, Joseph von Sonnenfels als Rechtsreformer, in: Helmut REINALTER (Hg.) Joseph von Sonnenfels, Wien 1988, S.11-95, bes. S.30 ff u.ö.

Herbert SCHAMBECK, Der Staat und seine Ordnung. Ausgewählte Beiträge zur Staatslehre und zum Staatsrecht, Wien 2002, bes. S.3-32 (Vom Sinnwandel des Rechtsstaates) ; S.163-176 (Das Gesetz und seine Funktionen heute – Entwicklungstendenzen des Rechtsstaates) ; S.261-287 (Entwicklungstendenzen der Demokratie und des Rechtsstaates heute) ; u. ö.

Michael STOLLEIS, Rechtsstaat, in : Adalbert ERLER / Ekkehard KAUFMANN (Hgg.) , Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG) , Band IV, Berlin 1990, S.367-375, mit reichen rechtshistorischen Literaturangaben.

Robert WALTER/Heinz MAYER/Gabriele KUSCO-STADLMAYER, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 10. Auflage, Wien 2007, §§165-167 u.ö., mit reichen Literaturhinweisen.

さらに、多数の市販されている法学辞典、オーストリアならびに近隣諸国の憲法および行政法ハンドブックや教科書など。また、インターネットは「法治国家」へのアクセスを提供してくれる。

*本講演は、ウィーン大学法学部名誉教授で、オーストリア科学アカデミーオーストリア法史委員会会長（当時：現在は定年により会長代理、終身会員）ヴェルナー・オーグリス氏が、1867年のオーストリア・ハンガリー間での和協（和解）法案締結、オーストリア・ハンガリー二重帝国体制樹立から140周年を記念する法制史シンポジウム『ハプスブルク君主制－法治国家への途？－』（オーストリア科学アカデミー近現代史研究センター（オーストリア法史委員会）主催により2008年5月5日、6日の両日ウィーンで開催）で開会の辞としておこなわれたものであり、講演者であるオーグリス教授から直接の許諾を得て（明治大学法科大学院保険法寄附講座助成金による海外取材の際）訳出するものである。なお、本シンポジウム

で報告された研究成果は、本稿の開幕の辞も含め、昨年刊行された同名の論集に収められている (Gabor Mathe/Werner Ogris (Hg.), Die Habsburgermonarchie auf dem Wege zum Rechtsstaat? Budapest-Wien 2010)。

付記

1989年にはじまるオーグリス教授との師弟関係は、本年で22年の長きにわたる。教授は、1962年、当時ドイツ国内における史上最年少の26歳で、東西冷戦下のベルリン自由大学教授に招聘・就任され、あらゆる法学領域の講座開設等の準備・充実に献身されたと聞く (その学問的関心の広範さは前記参考文献の自著『Elemente』に収録された論文の質と量が示している)。1966年、ウィーン大学法学部に招聘され、2008年にはウィーン大学より博士学位授与50周年記念の祝賀を受け、昨年7月にはめでたく75歳の誕生日を迎えられた。オーストリア科学アカデミーにおけるオーストリア法史委員会会長の職は退かれたが、いまでも会長代理を務め、スロバキア共和国ブラティスラバの法科大学院ではなおも教鞭を執られている。記者は、89年に日本学術振興会特定国派遣研究員 (長期) として、教授の下でヨーゼフ・フォン・ゾンネンフェルスの警察学研究に従事し今日に至るが、その後は理論史研究から遠ざかる結果になった。それでも警察制度史などには研究を重ねてきた折も折、昨年4月に教授からの本講演原稿が届けられた。ようやくに教授の論考を自らの手で紹介する機会に恵まれたようである。2010年8月下旬、ウィーンで直接ご本人にお会いし、本シンポジウム開催の理由、本原稿である開会の辞の意味などもお聞きし、翻訳について快諾をいただいた。オーグリス教授の75歳および令夫人、法学博士・民事弁護士エーファ・オーグリスの80歳の誕生を祝うささやかな贈り物としたい。

〈訳者注〉

(1) この原則は、オーストリアにおける代表的公法入門書において、以下のとおり解説されている。「連邦憲法裁判所の判例によれば、法治国家原理の意義は、国家機関のすべての行為は法律そして最終的には間接的にせよ憲法において根拠付けられねばならず、権利保護機関のシステムが、法的実体の点でこれら国家機関の行為をより高次で条件付ける行為と調和する限りでのみ継続的に保障機能を提供するという点に極まる（連邦憲法裁判所判例：1992年3223号－「権利保護国家」としての法治国家）。この意義は、行政機関が不可争な行政行為の発給へと授權される場合には失われる（例：行政調達、検査活動といった「決定ないし処分」形式を経ない調査・判定など）。この権利保障の保証は、権利保護の事実上の実効性に関する最小限度の要請原則によって補充される。法的に正しい内容の処分要請のみならず、このような処分が事実分野においても実現実施されることにも関連する（例えば、連邦憲法裁判所判例1986年11196号、1992年13182号）。したがって、不服申立てによる行政執行の猶予効果を原則的に除外するような法律は、法治国家原則に反することになる（連邦租税法254条に対する連邦憲法裁判所判例1986年11196号）。それ以上に、重大な法効果を有する行政行為を、憲法の予定する権利保護機能を没却するようなかたちで不可争として仕組み構成することは許されない（連邦憲法裁判所判例1994年13699号）」と説明される。Harald Stolzlechner, Einführung in das öffentliche Recht, 4.Aufl. Wien 2007, S.89.

本稿は、平成22年度明治大学法科大学院保険法寄附講座共同研究助成金研究の成果の一部である。

Meinem verehrten Professor sowie lieben Freund Werner Ogris mit meiner allerherzlichsten Erkenntlichkeit!